

Coordinamento scientifico:  
Prof. Avv. Damiano Marinelli

# **TEMI DI MEDIAZIONE, ARBITRATO E RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE (ADR)**

*Volume II*



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
**eCAMPUS**  
ON LINE-DECRETO MIUR 30/01/2006

QUADERNI DI GIURISPRUDENZA

Facoltà di Giurisprudenza  
Università degli studi eCampus  
Via Isimbardi 10, 22060 Novedrate (CO)

Coordinamento scientifico: Prof. Avv. Damiano Marinelli  
Temi di Mediazione, Arbitrato e Risoluzione Alternativa  
delle Controversie (A.D.R.) - Volume II

Tutti i diritti sono riservati

Editore CESD S.r.l.  
Prima edizione Aprile 2011  
Stampato da Edizioni Nuova Prhomos  
Città di Castello (PG), Italia

ISSN 2036-9190  
Quaderni di Giurisprudenza

Questa opera è protetta dalla Legge n. 633/1941 sul diritto d'autore.

## 2. FRONTIERE DELLA CONCILIAZIONE: STRUMENTI PER ANALIZZARE LA SITUAZIONE ITALIANA

*Prof. Osvaldo Duilio Rossi, Prof. Avv. Stefano Rossi*

### 2.1 Introduzione

A mezzo del D.Lgs. 28/2010 e del D.M. 180/2010, nel sistema giuridico italiano è stato integrato l'istituto della media-conciliazione. Esso è una RAC (Risoluzione Alternativa dei Conflitti) che, per le caratteristiche che la connotano, si configura come un nuovo servizio disponibile per i cittadini e per le imprese italiane alternativa agli strumenti di giustizia ordinaria offerti dallo Stato.

L'istituto, inizialmente nominato *conciliazione*, poi *mediazione* (distinta da quella *ex C.C.*, art. 1754 e segg.), è stato giornalmisticamente battezzato *media-conciliazione* perché si articola in due fasi distinte (D.Lgs. 28/2010, art. 1):

- la *mediazione*, che è l'attività di negoziazione svolta dal mediatore per la ricerca di un accordo amichevole tra le parti in lite (il decreto inserisce nella definizione anche l'eventuale proposta conciliativa del mediatore);
- la *conciliazione*, che è il superamento della lite mediante un accordo di tipo negoziale (contratto, transazione, riconoscimento, rinuncia, etc.), organizzato e redatto in base alla mediazione svolta tra le parti a opera del mediatore o alla sua proposta di soluzione.

Queste due caratteristiche configurano l'istituto come uno strumento tramite il quale i cittadini e le imprese possono risolvere i conflitti di cui sono protagonisti, adottando soluzioni potenzialmente ritenute "più giuste" o "più convenienti" di quelle giudiziali perché conformi ai desideri delle parti e perché liberamente determinate dalle parti stesse (purché legittime), invece che adeguandosi a soluzioni individuate e imposte da un terzo (p. es., il giudice o l'arbitro).

Nelle intenzioni del legislatore, tale aspetto dell'autodeterminazione dovrebbe incentivare il ricorso all'istituto da parte dei privati, con la conseguenza di una deflazione del carico di lavoro pendente sui tribunali. Si vorrebbero avere, da una parte, più privati soddisfatti per l'esercizio del controllo sulle soluzioni dei propri problemi e, dall'altra, giudici con più tempo per lavorare sulle questioni che rimarrebbero loro da giudicare. In tal modo, si intenderebbe, da una parte, responsabilizzare e soddisfare i privati; dall'altra, rendere la

giustizia più efficiente, diminuendo il carico di lavoro dei tribunali e, conseguentemente, diminuendo i tempi necessari per la produzione dei provvedimenti giudiziari, anche con lo scopo di non subire le sanzioni previste dalle procedure europee d'infrazione (artt. 258 e 259 TFUE e Comunicazione SEC 1658/2005) per la pessima efficienza della giustizia italiana.

La relazione di apertura dell'anno giudiziario 2010 italiano riporta i seguenti dati medi:

N. di giorni Impiegati	Tipologia del contenzioso
977	causa civile di cognizione ordinaria di primo grado davanti ai tribunali
837	Previdenza
628	lavoro non pubblico
740	lavoro pubblico
270	procedimenti esecutivi mobiliari
1213	procedimenti esecutivi immobiliari

**Tabella 1:** *durata dei processi di primo grado.*

Tali numeri dovrebbero scoraggiare i cittadini dal pretendere giustizia attraverso l'ordinamento statale. Ciò non ostante, i dati sul 2008 (Commissione europea, *Sistemi giudiziari europei. Sull'efficienza e la qualità della giustizia*, 2010) riportano dati che permettono di calcolare la media di un procedimento giudiziario civile di primo grado pendente ogni quindici abitanti italiani:

Popolazione residente in Italia al 31.12.2008	59.619.290
Procedimenti civili pendenti in Italia al 31.12.2008	3.932.259
Media: residenti / procedimenti	15, 16

**Tabella 2:** *media dei giudizi di primo grado pendenti in Italia nel 2008 (fonte C.E., 2010).*

Probabilmente, a differenza di altri paesi, in Italia si arriva a tali lunghezze anche per il carico del contenzioso instaurato dai cittadini.

La situazione comparata al 31.12.2008 con altri ordinamenti è la seguente:

Paese	Residenti	Giudizi di primo grado pendenti	Media
Italia	59.619.290	3.932.259	15, 16
Spagna	45.283.259	1.074.748	42, 13
Francia	63.937.000	1.287.706	49, 65
Romania	21.528.627	287.768	74, 81
Polonia	38.136.000	326.809	116, 69
Danimarca	5.475.797	32.873	166, 57
Svezia	9.182.927	27.433	334, 74
Federazione Russa	142.008.800	391.000	363, 19

**Tabella 3:** *comparazione del carico giudiziario tra paesi europei (fonte C.E., 2010).*

L'Italia è il paese di gran lunga con il più alto numero di conflitti gestiti in giudizio dagli abitanti (2.857.511 giudizi di differenza tra Italia e Spagna). Ciò significa che, nonostante le lungaggini della giustizia e nonostante tale situazione sia diventata ormai fisiologica, la popolazione italiana preferisce ancora rivolgersi a un giudice (il quale impone una decisione con la forza dello Stato), piuttosto che individuare e autodeterminare una soluzione amichevole fondata sulle esigenze proprie e dell'altro.

Torneremo a riflettere su questi dati al cap. 5.

Sul piano dei costi, rispetto alla giustizia ordinaria, la media-conciliazione si presenterebbe con un maggiore grado di accessibilità per cittadini e imprese poiché, per un verso, una procedura di mediazione non può durare più di quattro mesi (D.Lgs. 28/2010, art. 6); per altro verso, le tariffe praticate dagli organismi di conciliazione costituiti da enti pubblici sono state predisposte dal legislatore (in relazione al valore della lite) come estremamente convenienti e vincolanti (D.M. 180/2010, art. 16 e tab. all. A).

Per introdurre più velocemente lo strumento conciliativo nel panorama nor-

mativo e culturale italiano, il legislatore ha “forzato” la libertà delle parti, prevedendo criteri di procedibilità del giudizio (D.Lgs. 28/2010, art. 5). Da marzo 2011, infatti, non sarà possibile incardinare una causa senza prima avere tentato l’esperimento di una mediazione stragiudiziale nelle seguenti materie:

- condominio;
- diritti reali;
- divisione;
- successioni ereditarie;
- patti di famiglia;
- locazione;
- comodato;
- affitto di aziende;
- risarcimento del danno derivante da:
  - circolazione di veicoli e natanti;
  - responsabilità medica;
  - diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità;
- contratti assicurativi, bancari e finanziari.

Sempre al fine di incentivare il ricorso all’istituto media-conciliativo, il legislatore ha previsto un sistema sanzionatorio per le parti responsabili del fallimento della conciliazione (D.Lgs. 28/2010, art. 13) e un sistema premiale, sul piano fiscale, per chi utilizza lo strumento, anche senza successo (D.Lgs. 28/2010, art. 20).

## **2.2 Punizioni**

Sul profilo sanzionatorio, il D.Lgs. 28/2010, art. 13, stabilisce che:

1. Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta - riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa - e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all’entrata del bilancio dello Stato di un’ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l’applicabilità degli articoli 92 e 96 del Codice di Procedura Civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l’indennità corrisposta al mediatore e per il compen-

so dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4.

2. Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi e eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente.

In questo modo, le parti sono chiamate naturalmente a individuare la c.d. PAAN (Peggior Alternativa all'Accordo Negoziato) o, in altri termini, sempre per tale via, il legislatore ha precostituito una PAAN comune a molti potenziali litiganti.

La PAAN è un risultato che incentiva a negoziare un accordo amichevole perché individua un risultato peggiore di quello che si potrebbe conseguire negoziando.

Solitamente, il mediatore aiuta le parti a descrivere le proprie PAAN per stimolare l'esigenza di accordarsi e, in genere, le PAAN sono risultati che non contemplano il comportamento in sede giudiziale; bensì esse sono risultati concreti che possono peggiorare la posizione di un individuo. Per es., dover pagare una penale oppure dovere riconsegnare un immobile.

Sembra che il legislatore abbia voluto indurre i cittadini alla media-conciliazione sotto la minaccia delle spese processuali, con ciò svilendo la natura stessa dell'istituto che dovrebbe essere, invece, quella dell'individuazione autonoma e libera di una soluzione soddisfacente per gli interessi degli individui.

### **2.3 Premi**

Ai sensi dell'art. 13, cc. 1 e 2 (D.Lgs. 28/2010), che richiama i criteri di condanna processuale alle spese, il sistema che risulta punitivo per una parte si risolve in premiale per l'altra, alla quale vengo riconosciute tali spese.

Sempre per incentivare la ricerca di soluzioni amichevoli (deflazionando l'ingombro delle aule di giustizia), il D.M. 180/2010 (art. 16, c. 4, lett. *d* e *e*) decurta di un terzo i costi delle mediazioni svolte per risolvere questioni riguardanti le materie delle quali al citato D.Lgs. 28/2010 (art. 5) e le mediazioni alle quali non abbiano partecipato tutti i soggetti interessati, cioè quelle incapaci di risolvere il conflitto per mancanza di adesione. In quest'ultimo

caso, si è voluto forse venire incontro a chi, conseguentemente al fallimento della mediazione, dovrà ricorrere comunque ai tribunali.

Limitando i costi del tentativo di mediazione, il legislatore vuole dimostrare di premiare la buona volontà dei cittadini e delle imprese.

Il sistema, però, quando prevede l'aumento di un quinto delle spese di conciliazione per le mediazioni riuscite (art. 16, c. 4, let. *b*), stimola indirettamente gli organismi di conciliazione e i mediatori a forzare l'individuazione di un accordo amichevole tra le parti (cioè a non essere del tutto imparziali), se non altro per massimizzare i propri ricavi - comunque, mantenendo le spese della mediazione inferiori rispetto a quelle per un giudizio ordinario -. Ciò è vero soprattutto alla luce del D.Lgs. 28/2010, art. 16, c. 4, let. *c*, per cui le spese di mediazione devono essere aumentate di un quinto nei casi in cui il mediatore formula una proposta per la soluzione del conflitto. La quale proposta, di conseguenza, può influire sugli aspetti punitivi previsti dall'art. 13 dello stesso decreto (cfr. cap. 1.1).

In questo modo, si configura una certa confusione rispetto a ciò che può essere considerato come un premio o come una punizione. Il legame d'interdipendenza che avvicina i principi premiali con quelli punitivi, con gli effetti degli uni che sono determinati o che si ripercuotono sugli effetti degli altri, rischia di confondere cittadini, imprese e professionisti del diritto nella scelta delle proprie strategie.

Sempre per il profilo premiale, attingendo al Fondo Unico Giustizia a disposizione del Ministero della Giustizia, il D.Lgs. 28/2010, art. 20, c. 1, prevede che: "alle parti che corrispondono l'indennità ai soggetti abilitati a svolgere il procedimento di mediazione presso gli organismi è riconosciuto, in caso di successo della mediazione, un credito d'imposta commisurato all'indennità stessa, fino a concorrenza di euro cinquecento [...]."

Il Fondo Unico Giustizia è alimentato da una copertura da determinarsi anno per anno, è destinato anche ad altre operazioni del Ministero della Giustizia e il credito d'imposta è effettivamente fruibile qualora esso rientri nei limiti delle risorse accantonate e disponibili.

Tale art. 20 ribadisce la confusione circa il sistema premiale perché, nonostante venga promesso un credito d'imposta, il criterio di conferimento risulta aleatorio: "chi prima arriva meglio alloggia". Sebbene esista la possibilità per il cittadino di godere di tale credito, per egli è praticamente impossibile determinare l'eventualità concreta di goderne perché è impossibile



stabilire quanti altri cittadini precedano l'interessato.

D'altra parte, secondo il D.Lgs. 28/2010, art. 17, cc. 2 e 3:

2. Tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura.
3. Il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente.

In questo modo, si riconosce un premio di natura fiscale ai cittadini e alle imprese che dimostrano di non volere impegnare il prezioso tempo dei giudici per risolvere i propri conflitti quando tale soluzione può essere raggiunta autonomamente dalle parti stesse.

Per altro verso, però, sembra contraddittorio che una transazione privata di un conflitto, raggiunta dalle parti senza l'ausilio di terzi, soggiaccia ad un trattamento fiscale (imposte di bollo e di registro) più penalizzante dell'aver messo in moto meccanismi stragiudiziali che coinvolgono soggetti estranei agli interessati (media-conciliazione).

Tale sistema premia anche chi partecipa alle mediazioni al solo scopo di ottenere un verbale necessario per incardinare un giudizio (cfr. cap. 1.2). Forse la speranza è che, col tempo, il buon operato dei mediatori riesca a dimostrare ai soggetti agguerriti che negoziare un accordo sarebbe potuto essere e sarà più vantaggioso che insistere nel giudizio.

Con la scusa di spingere i privati a ottenere premi e ad evitare sanzioni, si vorrebbe diffondere una cultura dell'accordo bonario, che è un'istanza educativa.

Alla luce della comparazione effettuata con la tab. 3, possiamo dedurre che tale operazione sia ritenuta necessaria per contrastare la cultura avversariale italiana.

Dalla tab. 3, sembra che non possano sussistere dubbi sul carattere litigioso degli Italiani, che precedono di molto Spagnoli e Francesi (15, 16 < 42, 13 < 49, 65) e sono addirittura lontanissimi dai Paesi dell'est e del nord Europa. Siamo di fronte al tipico dispositivo del gioco (a premi), che risulta tanto efficace nei contesti educativi e rieducativi. Il tono della normativa sembra esattamente questo: creare una cultura della mediazione e modificare le abitudini degli Italiani.

Mediante questa rivoluzione culturale, scopo del legislatore, introducendo il

criterio di procedibilità, i premi e le sanzioni, è incrementare il volume delle conciliazioni per diminuire l'ingombro delle aule di giustizia. Il concetto è che, se la conciliazione rende le parti maggiormente soddisfatte in termini di risultato conseguito e di tempo e denaro spesi, le persone tenderanno a ricorrere sempre meno ai tribunali.

Per queste premesse, ci chiediamo di quanto possano influire le variazioni del volume di liti risolte amichevolmente sul volume delle liti giudicate dal potere statale. Quanto e come queste variazioni possono influenzare il benessere sociale?

## 2.4 Sistemi di frontiera

Con la teoria della frontiera delle possibilità produttive, sostituendo la dicotomia giudizio/conciliazione alla consueta dicotomia beni strumentali/di consumo, analizziamo come il passaggio dall'impiego di strumenti assolutamente aggiudicativi all'impiego anche di strumenti *ADR* (*Alternative Dispute Resolutions* o, in italiano, RAC, Risoluzioni Alternative delle Controversie) possa modificare la situazione del paese.

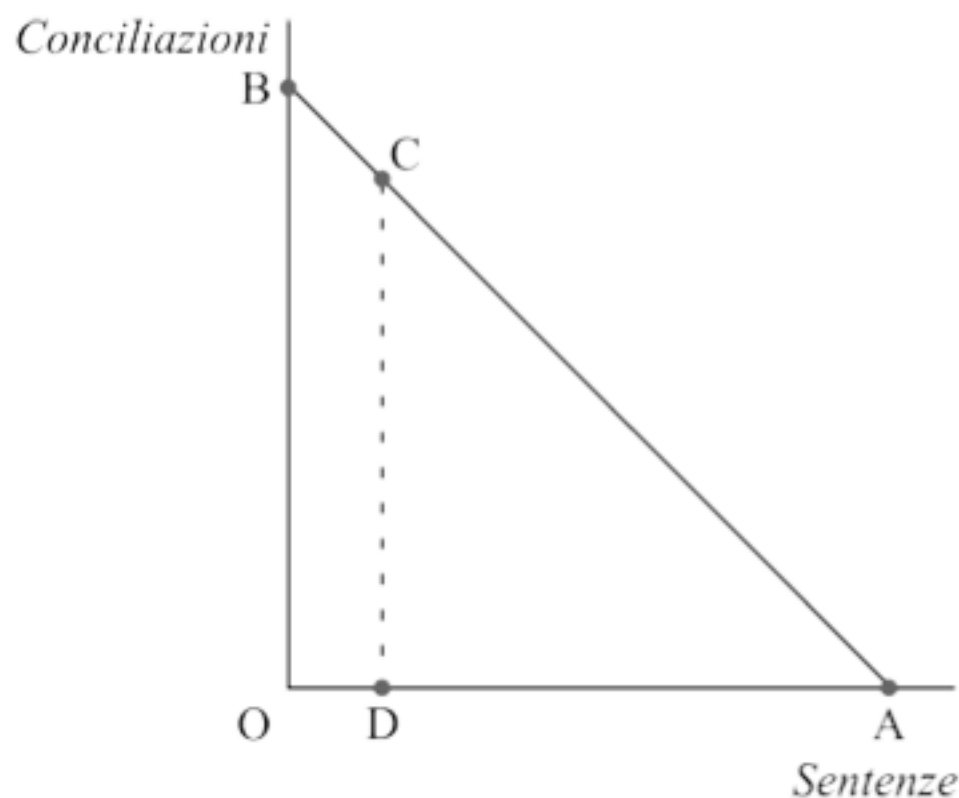


Figura 1: relazioni costanti.

Supponiamo che prima dell'introduzione della normativa sulla conciliazione, il Paese fosse orientato all'impiego di soli strumenti aggiudicativi, quindi che producesse solo sentenze (punto A della frontiera, figg. 1, 2 e 3).

Dobbiamo capire cosa, secondo le intenzioni del legislatore, può determinare uno spostamento dei comportamenti verso scelte alternative (punto B dei grafici, in cui il segmento OB indica che tutte le controversie vengono risolte in sede conciliativa) e quali effetti sociali possono derivare da questi nuovi comportamenti.

Si configurano tre possibili situazioni generali.

Nella fig. 1, il rapporto tra le due grandezze è costante e, per semplicità espositiva, unitario:  $|\delta x| = \delta y$ . In questa situazione, ogni conciliazione riuscita evita la pronuncia di una sentenza, quindi quattro mesi di lavoro di un conciliatore eviterebbero diversi anni di lavoro ai giudici.

La frontiera AB (fig. 1) può anche tendere a essere parallela alle ascisse ( $|\delta x| > \delta y$ ), nel caso in cui ogni conciliazione con esito positivo sostituisca più di una lite giudiziaria. Ciò può dipendere dal fatto che anche nel mercato della giustizia esiste un indotto congenito ai vari gradi di giudizio. Per es., se Tizio non è soddisfatto della sentenza di primo grado, egli può rivolgersi in appello e, se le parti non dovessero essere soddisfatte di questa soluzione, esse possono adire la Corte di cassazione e, ancora, la sequenza può continuare con ulteriori fasi giudiziarie.

Esiste poi un indotto relativo alla dimensione sociale della lite, la quale può individuare più di due soggetti impegnati a difendere interessi e diritti contrapposti, ciascuno dei quali può adottare comportamenti e strategie disomogenee e convocare terzi sconosciuti agli altri, ampliando così la dimensione del conflitto giudiziario.

Stabiliamo che la frontiera AB abbia una pendenza unitaria. Essa può risultare più elastica, cioè può tendere a essere parallela alle ascisse, determinando una riduzione più che proporzionale del ricorso alla giustizia ordinaria. Essa può anche risultare anelastica, ove gli agenti dimostrino di preferire gli strumenti aggiudicativi. La frontiera può addirittura essere completamente rigida (parallela alle ordinate), nel caso in cui ad ogni tentativo di conciliazione consegua comunque un giudizio.

Rileviamo alcune osservazioni:

- La curva AB, rappresentando graficamente la relazione  $-\frac{\delta x}{\delta y}$ , illustra

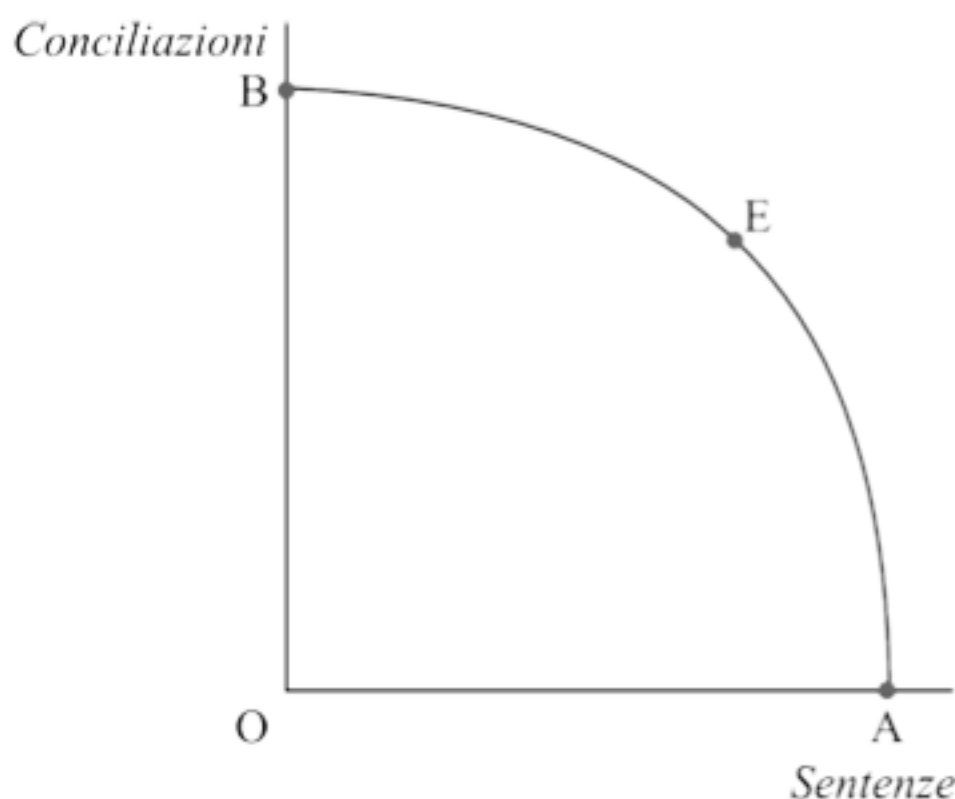
i gusti della popolazione in materia di giustizia, cioè indica quanto le persone apprezzano il ricorso all'uno piuttosto che all'altro strumento. Il tempo e i dati raccolti dal 21 marzo 2011 (data di decorrenza del tentativo obbligatorio di conciliazione a pena d'improcedibilità del giudizio *ex* artt. 5 e 24 D.Lgs. 28/2010) in poi ci diranno come interpretare i gusti della popolazione.

La giustizia non potrà mai essere completamente sostituita dalla conciliazione perché:

- ci saranno sempre (come già ci sono) alcune materie inconciliabili;
- ci saranno sempre persone che non concilieranno le proprie liti, siano esse in buona fede o in mala fede.

Per l'osservazione n. 2, esiste un punto (C) che impedisce lo sviluppo reale dell'intera frontiera e tale punto avrà rilevanza più oltre (punto D, fig. 4).

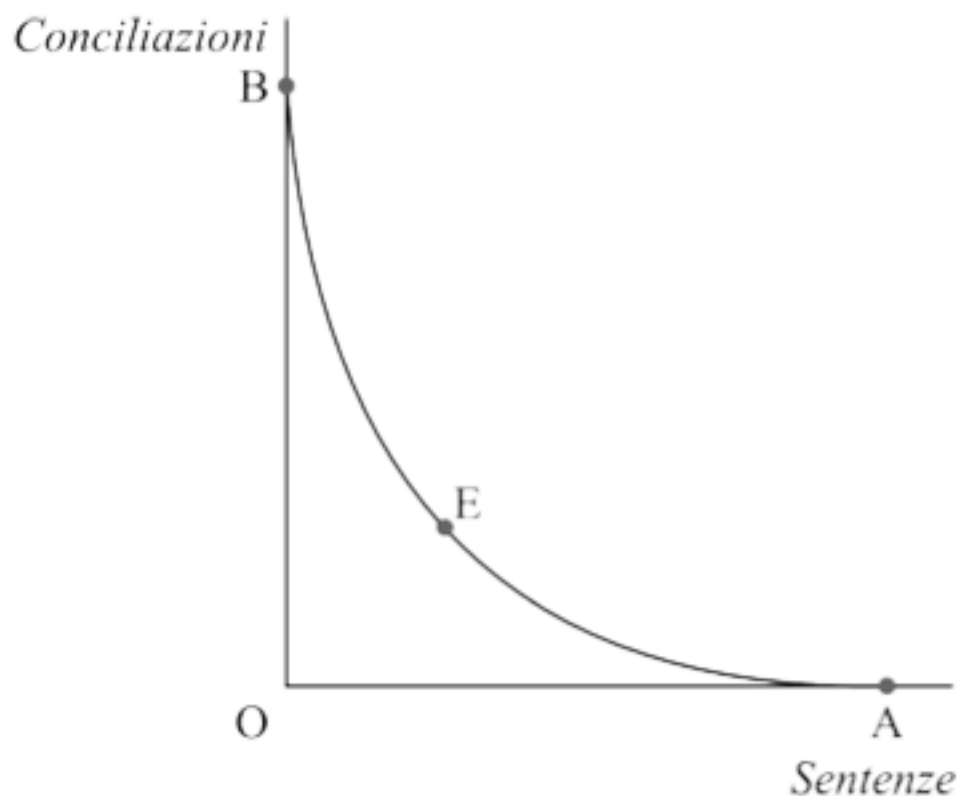
Il segmento BC della fig. 1 indica le controversie non conciliabili con le procedure *ex* D.Lgs. 28/2010, con la conseguenza che ci sarà comunque un volume minimo OD di liti pendenti in sede giudiziaria.



**Figura 2:** *successo della conciliazione.*

La fig. 2 rappresenta una situazione in cui, all'inizio, un incremento della conciliazione determina una variazione meno che proporzionale nel ricorso

agli strumenti giudiziari:  $|\delta x| < \delta y$  lungo il tratto AE, che è un tratto di iniziale scetticismo delle persone rispetto alla RAC. In un secondo momento, invece, c'è una diminuzione più che proporzionale del ricorso alla giustizia all'aumentare della preferenza per le conciliazioni:  $|\delta x| > \delta y$  lungo il tratto EB, che è un periodo di apprezzamento per i risultati conseguiti con le conciliazioni.



**Figura 3:** *fallimento della conciliazione.*

La fig. 3 rappresenta la situazione speculare a quella proposta dalla fig. 2. A un forte successo iniziale della conciliazione, per cui le persone, scoprendola, la preferiscono al giudizio ( $|\delta x| > \delta y$  lungo il tratto AE), segue un crescente fallimento della RAC ( $|\delta x| < \delta y$  lungo il tratto EB). In questa situazione, le persone cominciano a conciliare evitando volentieri di ricorrere ai giudici (AE), ma lo strumento si dimostra inefficiente nel lungo periodo e le sentenze tornano a dimostrarsi più adeguate alle esigenze della società (EB).

Il tempo e i dati raccolti dagli uffici giudiziari e dagli organismi di conciliazione ci diranno dove saremo posizionati e verso quale punto staremo andando; in quale delle tre situazioni ci troveremo; se saremo collocati al di sotto della frontiera (cioè se saremo inefficienti, con pochi ricorsi alla media-conciliazione, rispetto al numero delle reali liti esistenti) o lungo il confine

(cioé se staremo affrontando tutte le liti con strumenti RAC o giudiziali); infine, se saremo in grado di configurare una situazione efficiente, cioé che migliori il benessere delle famiglie attingendo agli strumenti di cui dispone il paese.

## 2.5 Interpretazione delle preferenze

Le preferenze per la conciliazione o per il giudizio e, quindi, la configurazione di una delle tre situazioni descritte al cap. 2 dipendono da una serie di fattori che si influenzano reciprocamente e che non possono essere scissi gli uni dagli altri.

1. La *malafede* della parte resistente, che è un vecchio problema del conflitto. Quanto più un individuo è consapevole di non avere niente da perdere, tanto più egli ostacolerà l'individuazione di una soluzione, inseguendo egoisticamente il raggiungimento dei propri vantaggi esclusivi.
2. La *frustrazione* di chi è in buona fede e subisce gli effetti della malafede altrui può disincentivare dal ricorrere alla conciliazione, posto che, "tanto, l'altro non ha motivo di collaborare". Il problema è reale perché le persone non si comportano sempre in maniera razionale e spesso decidono in base ai propri pregiudizi (Cao-Wei, *Stock Market Returns: A Temperature Anomaly*, 2001-2004).
3. Il problema della malafede (n. 1) è strettamente legato a quello della *funzionalità dei tribunali*. Tanto meno severamente i giudici colpiscono i malintenzionati e tanto più tardi li colpiscono, tanto più i soggetti in malafede aumentano e sono istigati a non collaborare con gli altri. Il legislatore sta incentivando il ricorso alla RAC proprio per snellire i tempi e per migliorare i risultati della giustizia ordinaria.
4. Gli elementi predisposti dal legislatore per premiare i protagonisti delle conciliazioni riuscite (esenzioni fiscali e crediti d'imposta) possono essere più o meno incentivanti a ricorrere alla RAC, a seconda di *quanto premiano* e di *come sono regolati per premiare*.
5. Quanto detto al n. 4 può essere ripetuto per gli *strumenti punitivi*, che devono sempre essere applicati dai giudici, quindi riconducibili al problema n. 3.

Tutto ciò conferma l'idea secondo la quale la conciliazione e le altre RAC funzionano e si consolidano nei paesi in cui la giustizia ordinaria funziona (Maurizio De Tilla, *La giustizia intasata ostacola quella alternativa*, in "Spec-

chio Economico”, 10.04.2009), indipendentemente dagli strumenti predisposti per disincentivare l’ingombro delle aule dei tribunali.

Dunque, sembrerebbe azzardato l’atteggiamento del legislatore, il quale pretenderebbe di ottenere il risultato inverso: far funzionare meglio la giustizia ordinaria, imponendo l’uso della mediazione.

Poi, sulla reale possibilità di “educare” gli Italiani, i dubbi crescono ulteriormente.

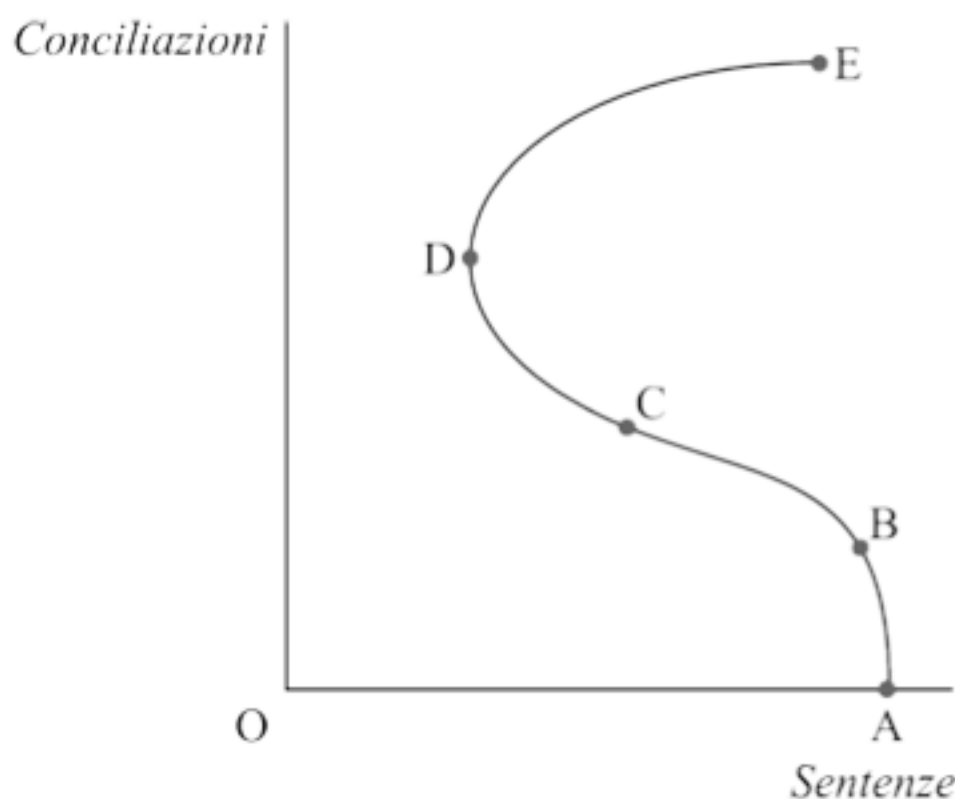


Figura 4: previsioni.

Con la fig. 4 prevediamo che, per la media-conciliazione, il paese vivrà (ha già vissuto e sta vivendo) un periodo iniziale di scetticismo (tratto AB), quindi un periodo di ottimismo (BC) e un ritorno di scetticismo (CD), il quale individuerà il limite (D) del volume di conciliazioni richieste dalla popolazione, posto che è ontologicamente impossibile sostituire completamente gli strumenti aggiudicativi (*sic* al punto C della fig. 1).

Nel tratto AB, solo in pochi crederanno di poter risolvere le liti in via amichevole. Ciò per il problema dell’abitudine a una diffusa malafede, che non permette agli uni di credere nelle buone intenzioni altrui di adeguarsi amichevolmente ai termini dell’accordo di conciliazione. Inoltre, influirà su questo anche il pregiudizio nei confronti di un sistema giudiziario ritenuto

lento, costoso e dagli esiti incerti, che incentiva l'ostilità piuttosto che la collaborazione.

Sarà possibile posizionarsi nel tratto BC solo dopo che si saranno riscontrati i reali risultati positivi raggiunti in conciliazione dalle parti, assistite dai mediatori e dagli organismi di conciliazione.

Durante questo periodo (BC), se la giustizia, realmente alleggerita di lavoro, riuscisse a riorganizzarsi per migliorare le proprie prestazioni, si eviterebbe il ritorno di fiamma previsto per il tratto CD e si potrebbe realizzare lo scenario rappresentato dalla fig. 2.

Altrimenti, gli stenti della giustizia ordinaria tornerebbero a confermare la preferenza per la malafede e, nonostante il crescente aumento delle conciliazioni, tornerebbero a crescere anche le liti giudiziarie (tratto DE), con ingombro sia dei palazzi di giustizia che degli organismi di conciliazione e con costi evidentemente crescenti e peggiorativi della situazione di partenza.

## 2.6 Benessere sociale

Lo strumento di misurazione del benessere sociale predisposto da Paul Samuelson (*Foundations of Economic Analysis*, Harvard, Harvard University Press, 1983; or. 1947) può servire ad analizzare le variazioni di gradimento dei cittadini per l'introduzione della media-conciliazione come sistema RAC.

Con la nota formulazione  $W = W(U_1, U_2, \dots, U_b)$ , diciamo che le mediazioni saranno servite a migliorare il benessere ( $W$ ) degli Italiani (diminuendo i costi della giustizia in termini di tempo e denaro, massimizzando la soddisfazione per i risultati conseguiti, etc.) se almeno una famiglia ( $b$ ) avrà migliorato la propria soddisfazione ( $U$ ), senza che la soddisfazione delle altre famiglie ne risulti peggiorata.

Ciò significa che ogni mediazione fallita peggiora il benessere del paese, comportando l'appesantimento dei costi della giustizia per almeno una delle parti in lite, la quale sarà insoddisfatta dei risultati della mediazione e adirà un giudice.

Da questo punto di vista, la mediazione può rivelarsi dualistica:

- a) quando risolve i conflitti, fa diminuire i costi e risulta estremamente soddisfacente;
- b) quando fallisce, essa fa lievitare i costi della giustizia, sia in termini di tempo che di denaro perché, ai quattro mesi della mediazione, alle spese



previste dalle tabelle adottate dagli organismi e agli eventuali onorari degli assistenti tecnici presenti alla procedura, i litiganti devono sommare i successivi costi della giustizia ordinaria.

L'impressione (cfr. cap. 1.1) è che il legislatore voglia tentare di educare gli Italiani, colpendoli per qualche anno con costi crescenti (dovuti all'accumularsi dei costi RAC con quelli delle vie ordinarie), i quali dovrebbero costituire un sapere chiaro: "è meglio evitare di litigare perché l'incertezza del risultato è troppo costosa". Si vorrebbe permettere di fare apprezzare in futuro i vantaggi della buona volontà di chi concilia, forzando il ricorso positivo alla RAC, anche nell'ottica di evitare costi raddoppiati.

Questo sistema potrebbe far diminuire il contenzioso generale, nel senso che, piuttosto che affrontare una lite in via amichevole o giudiziaria, si potrebbe preferire rinunciare al conflitto. Rinuncia che dipenderebbe dall'incertezza dei risultati.

Sembrerebbe che il legislatore abbia trovato il modo per trasformare un difetto della giustizia italiana (tab. 1) in una risorsa perché, in questo panorama, la prospettiva di ottenere dubbi risultati in tempi eccessivamente lunghi sarebbe un movente a deflazionare l'ingombro dei tribunali e degli organismi di mediazione, cioè sarebbe una PAAN (cfr. cap. 1.1) congenita a ciascun cittadino.

Vi è poi l'incertezza dei risultati conseguibili attraverso mediazioni e giudizi, che sarebbero un'altra PAAN. Questa si concretizzerebbe nelle spese da sostenere per la mediazione, anche se essa non riesce, le quali si sommeranno alle spese per il successivo giudizio, con esito altamente incerto e potenzialmente controproducente.

Le perplessità accrescono, identificando ulteriori PAAN, qualora si consideri un elevato grado di insoddisfazione del cittadino non soltanto per i tempi lunghi della giustizia, ma anche per i contenuti delle sentenze, che spesso vengono avvertite come ingiuste<sup>42</sup>.

L'ipotesi che si stiano disincentivando i cittadini dal servirsi del sistema giudiziario non è troppo azzardata se osserviamo, per altro verso, che perfino la Corte di cassazione a Sezioni Unite (sent. 19246 del 09.09.2010), interpre-

---

<sup>42</sup> Secondo lo studio realizzato da Gpf per l'*Italian Axa forum 2010*, solo il 54,4% degli Italiani ha fiducia nella magistratura, cioè poco più della metà del paese. Questo dato dovrebbe essere considerato allarmante se lo si confronta con la fiducia che, invece, la popolazione riserva alla polizia (70,6%), ai carabinieri (69,2%) e ai medici di base (67,7%).

tando il combinato disposto dagli artt. 645 e 165 C.P.C., ha dimezzato, nel procedimento di opposizione al decreto ingiuntivo, il termine per l'attore per costituirsi in giudizio, portandolo da dieci a cinque giorni pur senza che ciò sia espressamente previsto da una norma. Sembra un evidente esempio di giurisprudenza creativa del diritto, che non è proprio ciò che il nostro assetto istituzionale prevede e vuole.

Praticamente, ove un preteso debitore notifichi al preteso creditore la propria opposizione al decreto ingiuntivo, il debitore disporrebbe di soli cinque giorni dalla notifica per costituirsi. Conseguenza dell'eventuale costituzione tardiva è l'improcedibilità del giudizio, che possiamo considerare come un ulteriore meccanismo deflattivo dell'ingombro dei tribunali. Basti considerare che, in forza della sentenza citata, la massima parte delle opposizioni a decreto ingiuntivo attualmente pendenti rischia di essere spazzata via in un solo colpo.

Tali provvedimenti si discostano di molto dall'ottica *win/win* (io vinco, tu vinci), tipica della media-conciliazione, perché evitare che le persone si confrontino significa seppellire il conflitto, ignorandolo nel presente, lasciando accumulare rancori e pressioni e rischiando di far esplodere nel futuro forme di reazione violente e incapaci di fare ottenere alcun risultato positivo o di recuperare la relazione tra le parti.

## **2.7 Considerazioni sociali**

Una società collocata lungo la frontiera dimostra di risolvere tutti i propri conflitti interni ricorrendo a strumenti amichevoli o aggiudicativi. Invece, evitare di ricorrere ai giudici o alle RAC determina una collocazione della società al di sotto della frontiera perché alcune liti potenzialmente risolvibili tramite i due sistemi rimangono invece irrisolte.

Avvicinarsi al punto O del grafico di una frontiera può configurare due alternative.

- Aumenta il ricorso a strumenti violenti, cioè si ricorre all'autotutela o alla legge del più forte, che esula sia dall'accordo amichevole, sia dal giudizio imparziale. Ciò perché, non essendo sfruttate tutte le risorse giudiziali e stragiudiziali per la soluzione delle controversie delle quali dispone la società, sarebbero impiegati strumenti alternativi a quelli legittimi, cioè strumenti illeciti.
- Diminuisce il numero dei conflitti che la popolazione riesce a superare

con gli strumenti disponibili e si crea un limbo di liti irrisolte, le quali generano malessere e insofferenza tra i cittadini.

Si potrebbe suggerire una terza ipotesi, per la quale diminuisce il numero dei conflitti, conformemente a quella che sembrerebbe essere l'intenzione del legislatore per quanto discusso al cap. 4. Ciò, però, sarebbe rappresentato da una restrizione dell'area delimitata dalla frontiera, cioè da una traslazione della frontiera verso il punto O.

La situazione *B* è economicamente sub-ottimale poiché non sfrutta tutte le risorse potenzialmente disponibili e che dovrebbero essere effettivamente utilizzate per lo scopo per il quale esse sono state predisposte, cioè per la soluzione delle controversie che realmente esistono e che i cittadini rinunciano però a risolvere.

In entrambi i casi (*A* e *B*), la diminuzione dell'uso dei sistemi di soluzione dei conflitti (aggiudicativo e RAC) è da registrare come un dato socialmente allarmante.

Rimane aperto il problema di stabilire se, nei paesi a scarsa litigiosità formale, il fenomeno dipenda dalla cultura non avversariale, dall'estrema funzionalità di RAC e di giustizia (il soggetto in malafede sa che la controparte vedrà riconosciuto il suo buon diritto in tempi brevi) oppure dalla sfiducia nelle istituzioni.

Come interpretare i dati abbastanza simili, quanto a rarità, del contenzioso, di Svezia e Federazione Russa (tab. 3)?

Sul fronte italiano, sembra di potere intuire che molto del contenzioso esistente dipende dalla malafede di chi è in torto e che induce la controparte ad agire.

Tale soggetto in malafede potrebbe essere indotto maggiormente a ricercare un accordo conciliativo, qualora i sistemi punitivi e premiali predisposti dal legislatore fossero meno confusi tra loro (p. es., ex D.Lgs. 28/2010, art. 16, c. 4, let. c, alla proposta del mediatore consegue un inasprimento dei costi per entrambe le parti: questa proposta può coincidere con la sentenza e comportare un ulteriore costo per chi, rifiutandosi di conciliare, ha vinto la causa; ) e qualora tali sistemi punitivi e premiali fossero più esaltati (p. es., con credito d'imposta certo e pari all'intera spesa sostenuta dalle parti, ove la conciliazione riesca).